26/01/2001

(A)

Jugement commercial II No 90 /01

Audience publique du vendredi, vingt-six janvier deux mille un.

Numéros 44 615 et 46 641 du rôle

Composition:

Maryse WELTER, 1ère Vice-Présidente,
Karin GUILLAUME, 1er juge,
Paule MERSCH, 1er juge,
Yolande MAHNE, greffier.

E n t r e :

I)

la société à responsabilité limitée (Soc1.) , établie et ayant son siège à (...) , représentée par son gérant Monsieur S.) ,

élisant domicile en l'étude de Maître Jean MINDEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

demanderesse,
défenderesse sur reconvention,
comparant par Maître Jean MINDEN susdit;

e t :

1) la société anonyme (Soc2.) , établie et ayant son siège social à L- (...) , représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

défenderesse,
demanderesse par reconvention,
comparant par Maître Marc KERGER, avocat, demeurant à Luxembourg,

2) la société anonyme (Soc3.) , établie et ayant son siège à L- (...) , inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...) ,

défenderesse,
comparant par Maître François KREMER, avocat, demeurant à Luxembourg;

II)

la société anonyme Scc3), établie et ayant son siège à L- (...) , inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...) ,

élisant domicile en l'étude de Maître François KREMER, avocat, demeurant à Luxembourg;

demanderesse en intervention,
comparant par Maître François KREMER susdit;

e t :

P.) , ingénieur, demeurant actuellement à (...) , ci-avant à (...) ,

défendeur en intervention défaillant.

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit des qualités et considérants du jugement rendu par le tribunal de ce siège en date du 20 décembre 1996 et dont le dispositif est conçu comme suit:

" Par ces motifs:

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant par défaut à l'égard de P.) et contradictoirement à l'égard des autres parties au litige,

rejetant l'exceptio obscuri libelli soulevé par la s.à r.l. Scc1.) en ce qui concerne la demande reconventionnelle de la S.A. Scc2.) ,

reçoit les demandes principale, reconventionnelle et en déclaration de jugement commun en la pure forme;

ordonne la jonction des affaires introduites sous les numéros du rôle 44 615 et 46 641;

réservant les points 2 et 3 de l'offre de preuve de la S.A. Scc2.) et rejetant le point 4,

ordonne, avant tout autre progrès en cause,

la nomination de l'expert Jean THEISEN, architecte, demeurant à L-1255 Luxembourg, 42, rue de Bragance,

avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit, motivé et détaillé de se prononcer sur le chiffre d'affaires et plus particulièrement le bénéfice net résultant du carnet de commandes vendu par la société Scc.1.) s.à r.l. à Scc.2.) S.A. évalué à 60 millions dans le contrat du 18 mai 1994;,

ordonne à la s.à r.l. Scc.1.) de consigner, au plus tard le 20 janvier 1997, la somme de 10.000.- francs, à titre de provision à faire valoir sur la rémunération de l'expert, à la Caisse des consignations ou à un autre établissement de crédit à convenir avec l'autre partie au litige, et d'en justifier au greffe du tribunal, sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 325 du Code de procédure civile;

charge Madame le 1er juge Paule MERSCH du contrôle de cette mesure d'instruction;

dit que l'expert devra en toutes circonstances informer ce magistrat de la date de ses opérations, de l'état desdites opérations et des difficultés qu'il pourra rencontrer;

dit que si ses honoraires devaient dépasser le montant de la provision versée, il devra en avertir ledit magistrat et ne continuer ses opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire;

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe du tribunal au plus tard le 21 avril 1997;

surseoit à statuer quant à la demande formulée par la s.à r.l. Scc.1.) à l'encontre de la Scc.3.) ;

donne acte à la Scc.3.) qu'elle invoque in limine litis le bénéfice de discussion;

réserve les frais;

refixe l'affaire pour continuation des débats à l'audience publique du 25 septembre 1997;

déclare le présent jugement commun à P) ."

Après plusieurs devoirs et remises l'affaire fut de nouveau utilement retenue à l'audience publique du 19 octobre 2000, lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit:

Maître Jean MINDEN exposa les moyens de sa partie.

Maître Marc KERGER répliqua et exposa les moyens de sa partie.

Maître François KREMER répliqua et exposa les moyens de sa partie.

La partie P.) ne s'est pas présenté à l'audience.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

j u g e m e n t

qui suit:

Revu le jugement no 895/96 rendu par le Tribunal de ce siège en date du 20 décembre 1996,

Revu le rapport d'expertise dressé en exécution du prédit jugement,

Il échet de rappeler que la s.à r.l. Soc.1.) a réclamé paiement d'un solde de quatre millions de francs sur le prix de 11.500.000.-LUF du fonds de commerce d'entreprise de construction vendu à la S.A. Soc.2.) et comprenant l'ensemble des biens matériels composant son actif, la clientèle et le carnet de commandes.

En invoquant l'état déplorable des machines vendues et la non-rentabilité économique du carnet de commandes cédé, la S.A. Soc.2.) s'est opposée au paiement du solde réclamé et a formulé une demande reconventionnelle en réduction du prix de vente d'un montant de 4.280.000.-LUF ainsi qu'en paiement de dommages et intérêts d'un montant de quatre millions de francs.

A l'appui de cette demande reconventionnelle, elle a fait valoir des manoeuvres dolosives de la part de la s.à r.l. Soc.1.) , sinon l'erreur sur la chose vendue dans son chef.

Subsidiairement elle s'est basée sur les article 1641 et suivants du Code Civil, sinon sur la responsabilité contractuelle du vendeur en raison de défauts de conformité affectant la chose vendue.

Dans son premier jugement, le tribunal a déclaré non fondée la demande de la S.A. Soc.2.) pour autant qu'elle se base sur le mauvais état du matériel vendu.

S'agissant du carnet de commandes, le tribunal a retenu qu'à supposer établi le fait que la s.à r.l. Scc1.) ait artificiellement « gonflé » le carnet de commandes en proposant à ses clients des prix en dessous des prix du marché, elle se serait rendue coupable d'une réticence dolosive à l'égard de la S.A. Scc2.) en se contentant d'indiquer la valeur du carnet de commandes, sans rendre attentive la S.A. Scc2.) sur la non-profitabilité des commandes à l'exécution.

Estimant que les rapports FABER et WIES dressés dans le contexte d'une procédure basée sur l'article 254 du code de procédure civile n'étaient pas suffisamment exhaustifs pour permettre la conclusion de l'absence de rentabilité du carnet de commandes cédé, le tribunal a ordonné la nomination d'un nouvel expert avec la mission de se prononcer sur le chiffre d'affaires et plus particulièrement le bénéfice net résultant du carnet de commandes vendu par la s.à r.l. Scc1.) à la S.A. Scc2.) évalué à 60 millions dans le contrat du 18 mai 1994.

L'expert Jean THEISEN a déposé un premier rapport en date du 15 janvier 1999. Suite à une demande de renseignements supplémentaires des deux parties, il a dressé un rapport complémentaire en date du 9 mars 2000.

Si l'expert Jean THEISEN confirme les conclusions des experts FABER et WIES en ce qui concerne le défaut de rentabilité du carnet de commandes cédé, force est cependant de constater que l'expert THEISEN a travaillé sur à peu près les mêmes bases que ses prédécesseurs, soit les trois projets O.) , SCH.) et G.) déjà examinés par les précédents experts ainsi qu'un autre projet M.) . Il s'agit de quatre commandes représentant, d'après la liste des clients, un montant d'environ 11.000.000.-LUF sur la valeur totale de plus de 57.000.000.-LUF des marchés cédés.

Le tribunal estime dès lors que le rapport d'expertise THEISEN n'apporte pas l'analyse détaillée du carnet de commandes cédé au regard du bénéfice réalisé, qui constituait pourtant le but de la nouvelle mesure d'instruction ordonnée sur demande de la S.A. Scc2.) . A défaut d'un tel examen, le rapport de l'expert THEISEN n'est pas concluant.

Sous la rubrique 3.1. du rapport THEISEN intitulé « Remise des Pièces », l'expert indique ce qui suit: » Une partie des dossiers y relative a été remise lors de la première entrevue en date du 7 mars 1997 au bureau de l'expert. Le soussigné a demandé des pièces supplémentaires, plans, offres et factures de projets réalisés. Quatre dossiers complets de projets réalisés ont été remis en date du 30 avril 97 par Monsieur P.) . »

Il en résulte que l'expert a examiné les marchés au sujet desquels il a été fourni en pièces par la S.A. Scc2.) , partie à la demande de laquelle la nouvelle expertise a été ordonnée.

Le défaut de caractère concluant du rapport THEISEN est dès lors imputable à la S.A. Scc2.) qui, en tant que partie demanderesse sur reconvention ayant la charge de la preuve de des allégations sur lesquelles elle se base, aurait dû fournir à l'expert la documentation nécessaire pour porter à exécution de manière exhaustive la mission lui confiée.

Il est encore à relever que d'après son bilan au 31 décembre 1995, la S.A. Scc2.) a réalisé un bénéfice de 2.943.147.-LUF. Ce résultat ne dénote pas d'un défaut de rentabilité du carnet de commandes en cause.

Ne rapportant pas la preuve, à suffisance de droit, du défaut de rentabilité du carnet de commandes cédé, la S.A. Scc2.) est dès lors pareillement à débouter sous ce rapport de sa demande reconventionnelle en diminution du prix et en indemnisation sur l'ensemble des bases juridiques invoquées.

La S.A. Scc2.) ne contestant pas redevoir au principal la somme de 4.000.000.-LUF sur le prix convenu, il échet de déclarer fondée la demande en paiement de la s.à r.l. Scc1.) formulée à son égard.

Il n'y a cependant pas lieu à augmentation du taux de l'intérêt légal, alors que la partie demanderesse n'a pas justifiée en quoi la défenderesse serait à considérer comme débiteur récalcitrant.

La demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 131-1 du code de procédure civile est à déclarer fondée, alors qu'il paraît inéquitable de laisser à charge de la partie demanderesse l'entièreté des frais exposés non compris dans les dépens.

Le tribunal évalue ex aequo et bono les frais exposés non compris dans les dépens au montant de 25.000.-LUF.

La Scc3.) est assignée en ce qu'elle a garanti le paiement par la S.A. Scc2.) le paiement du solde de 4 millions de francs par un acte de cautionnement. La s.à r.l. Scc1.) demande sa condamnation solidaire avec la S.A. Scc2.) au paiement du prédit montant.

La Scc3.) a invoqué in limine litis le bénéfice de discussion dans le cadre des poursuites basées sur le cautionnement du 17 mai 1994.

Néanmoins, elle soutient qu'elle ne saurait être tenue en tant que caution dans le cadre de la convention du 18 mai 1994 entre la s.à r.l. Scc1.) et la S.A. Scc2.), mais dans le contexte d'une convention signée en date du 8 mars 1994 entre la s.à r.l. Scc1.) et le sieur P.) en nom personnel.

Avant d'examiner la réunion des conditions d'exercice du bénéfice de discussion dans le cadre du présent litige, il échet de déterminer si la Scc3.) s'est portée caution en ce qui concerne la vente entre la s.à r.l. Scc1.) et la S.A. Scc2.).

Parmi les pièces versées en cause par la Scc3.) figure un contrat de cession d'un fonds de commerce signé en date du 8 mars 1994 entre la s.à r.l. Scc1.) et la S.A. Scc2.).

La S.A. Scc2.) a été constituée en date du 13 avril 1994.

Par courrier du 17 mai 1994 à l'adresse de la s.à r.l. Scc1.) , la Scc3.) annonce que, d'ordre et pour compte de la S.A. Scc2.) , elle se porte caution à l'égard de la Scc1.) à concurrence d'un montant de 4 millions de francs pour garantir le paiement de la reprise du fonds de commerce suivant convention du 8 mars 1994.

En date du 17 mai 1994, le sieur P.) se porte caution en faveur de la S.A. Scc2.) à l'égard de la Scc3.) pour le montant de 4 millions de francs.

En date du 18 mai 1994, la s.à r.l. Scc1.) cède à la S.A. Scc2.) son fonds de commerce.

Ce contrat est celui par lequel la vente de l'espèce s'est effectivement réalisée, le contrat du 8 mars 1994 signé par P.) en tant qu'acquéreur n'ayant été suivi d'aucun effet pour avoir été remplacé par la convention passée entre la s.à r.l. Scc1.) et la S.A. Scc2.) constituée entre-temps en date du 13 avril 1994.

Le fait que dans la lettre du 17 mai 1994, la Scc3.) se réfère à la convention du 8 mars 1994 n'empêche qu'elle s'est clairement portée caution pour le montant de 4 millions de francs non pas pour le sieur P.) , mais pour la S.A. Scc2.) , raison pour laquelle le sieur P.) s'est à son tour et le même jour porté caution pour la S.A. Scc2.) à l'égard de la Scc3.).

S'il est vrai que le contrat entre la S.A. Scc2.) et la s.à r.l. Scc1.) n'a été passé que le lendemain du cautionnement de la Scc3.), il n'en reste pas moins que par la suite et notamment sur l'appel en garantie de la s.à r.l. Scc1.) la Scc3.) se reporte dans son courrier du 14 décembre 1994 sur son cautionnement émis d'ordre et pour compte de la S.A. Scc2.).

Il résulte de l'ensemble de ces arguments que c'est à tort que la Scc3.) prétend s'être engagée en tant que caution pour le sieur P.)

La Scc3.) ayant cautionné la S.A. Scc2.) , il échet à présent d'examiner si elle peut invoquer le bénéfice de discussion.

Sont privées de discussion les cautions solidaires.
(cf. Droit civil, Les sûretés, Ph. Simler - Ph. Delebecque N°128).

Contrairement à la matière civile où la solidarité ne se présume point, la solidarité est présumée en matière commerciale. Ceci entraîne que le cautionnement commercial est toujours solidaire.
(cf. Le cautionnement, G. Ravarani, p.905, Droit bancaire et financier du Grand-Duché de Luxembourg, Volume II, Larcier).

En l'occurrence, l'engagement de la Scc3.) ne comporte pas de la clause de solidarité. Il s'agit cependant d'un cautionnement souscrit par un établissement bancaire constituant une opération de banque, commerciale par son objet dès lors qu'elle est pratiquée à titre habituel. (cf. Droit civil, Les sûretés, Simler Delebecque N°44).

Dans un arrêt du 1er juillet 1992 (numéro 11552 du rôle), la Cour d'appel a retenu en ce sens que si le cautionnement est mis en oeuvre dans le cadre de relations d'affaires, il emprunte la nature d'acte de commerce à son contexte, Ainsi le cautionnement consenti à titre habituel par les banques est commercial.

De plus, depuis la loi du 31 juillet 1992 ayant modifié entre autres l'article 2 du code de commerce, sont réputées actes de commerce les opérations de banque.

Le cautionnement de la Scc3.) ayant partant un caractère commercial, elle a la qualité de caution solidaire.

En tant que telle, elle ne saurait invoquer le bénéfice de discussion, de sorte que, conformément à ses engagements, elle est à condamner solidairement avec la S.A. Scc2.) au paiement du montant réclamé de 4.000.000.-LUF.

Il échet enfin de déclarer le présent jugement commun à P.) .

Par ces motifs:

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant par défaut à l'égard de P.) et contradictoirement à l'égard des autres parties au litige,

v i d a n t le jugement du 20 décembre 1996;

d é c l a r e non fondée la demande reconventionnelle en réduction du prix et en indemnisation de la société anonyme Scc2.) ;

partant en **d é b o u t e**;

d é c l a r e fondée la demande de la s.à r.l. Scc1.) dirigée contre la S.A. Scc2.) et la société anonyme Scc3.)

partant **c o n d a m n e** la société anonyme Scc2.) et la société anonyme Scc3.) solidairement à payer à la société à responsabilité limitée Scc1.) le montant de 4.000.000.-LUF avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde;

d i t qu'il n'y a pas lieu à majoration du taux d'intérêt légal;

c o n d a m n e la société anonyme Scc2.) et la société anonyme Scc3.) solidairement à payer à la société à responsabilité limitée Scc1.) le montant de 25.000.-LUF sur base de l'article 131-1 de l'ancien code de procédure civile;

d é c l a r e le présent jugement commun à P.) ;

c o n d a m n e la société anonyme Soc2.) et la société anonyme Soc3.) solidairement aux frais et dépens de la demande principale;

l a i s s e les frais et dépens de la demande en déclaration de jugement commun à l'égard de P.) à charge de la société anonyme Soc3.).